



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard

Zwalve, W.J.

Citation

Zwalve, W. J. (2008). Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard. *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 15-29. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36869>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36869>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

2 | Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard

W.J. Zwalve[■]

Voor Jouke Smid (1980-2008), mijn voetbalvriend.

1 INLEIDING

Voetbal is, naar de mening van wijlen paus Johannes Paulus II, ‘het allerbelangrijkste van de onbelangrijke dingen in het leven’.¹ Ik deel die opvatting en omdat óók de onbelangrijke dingen in het leven serieus dienen te worden genomen, verdient het spel de aandacht van de jurist, zeker waar het gaat om de gevaren die voor spelers en toeschouwers aan dat spel zijn verbonden. Iedere jurist kent – uiteraard – het incident waarover de Romeinse jurist Mela als eerste heeft geschreven en dat ons door de bemiddeling van Ulpianus is overgeleverd.² Het ging om een spelletje voetbal (*follis*³) dat – naar ik mij voorstel – op een plein werd gespeeld waaromheen allerlei neringdoenden hun bedrijfjes en winkeltjes hadden.⁴ Eén ervan was een scheerbaas die zijn scheerstoel in de open lucht had gezet – zoals ook nu nog in mediterrane landen niet ongebruikelijk is – opdat zijn klanten tijdens het scheren van het voetbal konden genieten. Ongelukkigerwijs gaf één van de spelers een te harde voorzet, waardoor de bal buiten het speelveld belandde en de hand van de scheerbaas trof, juist op het moment waarop deze het scheermes aan de keel van een klant zette. De gevolgen waren verschrikkelijk, want ten gevolge van de klap doorsneed de scheerbaas de keel van zijn klant. Nu zou dat niet zo erg zijn geweest als de klant een vrij man ware geweest – want het leven van

■ W.J. Zwalve is hoogleraar rechtsgeschiedenis, Universiteit Leiden.

1 Zie *De Volkskrant* van 13 juni 1988.

2 Zie voor het navolgende D. 9,2,11 (Ulpianus).

3 Niet te verwarren met *harpastum*, een spel dat grote gelijkenissen met rugby vertoont. Er bestaat, uiteraard, een geleerde discussie over de vraag welk spel in dit geval werd gespeeld: het kan óók een vorm van hockey zijn geweest (Wacke); het kan, zo bedacht ik mij, zelfs een vorm van het kaatospel zijn geweest (dat in Italië nog tot in de twintigste eeuw veel werd gespeeld op kerkpleinen vóóordat die als publieke parkeerterreinen werden aangewezen). Het kan óók voetbal zijn geweest, want het staat vast dat dit spel in de een of andere vorm door de Romeinen werd gespeeld. Ik laat de vraag verder rusten.

4 Wij weten dat er in de openbare ruimtes in de Romeinse binnenstad balspelen werden georganiseerd: zie, bijvoorbeeld, Seneca, *Epistolae* 104,33 (‘in comitio pila lusit’).

een vrij man heeft geen prijs⁵ –, maar dat was het slachtoffer niet. De ontzielde klant was een slaaf en dus was er een eigenaar die door zijn dood schade had geleden. De vraag was nu of er iemand op grond van zaakbeschadiging kon worden aangesproken. Aan wie kon de schade worden ‘toegerekend’ (*imputare*)? Aan de balspeler, de scheerbaas, of aan de slaaf zelf? Voor aansprakelijkheid van de speler pleit het feit dat zijn handeling de *conditio sine qua non* van het incident was; voor die van de scheerbaas pleit dat hij zijn scheerstoel op een voor zijn klanten potentieel gevaarlijke plaats had neergezet en voor de uitsluiting van iedere aansprakelijkheid pleit het feit dat de klant zich vrijwillig had gewaagd in een gevaarvolle omgeving en zodoende het daaraan verbonden risico als het zijne aanvaardde. Wat nu van het geval te denken?

2 VOETBAL EN DE MAATMAN

Rechtshistorici menen te weten dat het geval van de gekeelde slaaf een standaardvoorbeeld in de klassiek-Romeinse *juridische* literatuur is geweest.⁶ Ik waag dat te betwijfelen, want ik heb de indruk dat het voorbeeld wel eens zou kunnen zijn ontleend aan de standaardgevallen die als lesmateriaal dienden in de Romeinse rhetorenscholen die in de keizertijd als paddestoelen uit de grond schoten, want het is een typisch geval aan de hand waarvan men het *in utramque partem dicere* kan oefenen. Voor alle standpunten valt wel iets te zeggen en dus kan men er, ongehinderd door enige kennis, vrolijk op los kletsen; daaraan is zelfs tot op de dag van vandaag geen einde gekomen, want er bestaat een schier onoverzienbare literatuur over het geval.⁷ Ik vestig in het onderstaande slechts de aandacht op het criterium aan de hand waarvan de Romeinse juristen de aansprakelijkheid bepaalden en vooral op de personen door wie dat criterium werd gehanteerd.

De Romeinse jurist Proculus, de leider van de juristenschool die naar hem is vernoemd, gaf als zijn mening te kennen dat de barbier aansprakelijk was.⁸ Ulpianus plaatst daarbij de navolgende nuance:⁹

‘Natuurlijk is het zo dat, als hij daar aan het scheren was, waar gewoonlijk een spel werd gespeeld, of waar druk verkeer was, dat aan hem dient te worden toegerekend’.

5 D. 9,3,1,5 (Ulpianus); het adagium ‘in homine libero nulla corporis aestimatio’ was niet van toepassing op personen die onder het gezag van een *pater familias* stonden en wel omdat de laatste door de beschadiging van zijn kinderen of kleinkinderen vermogensschade leed.

6 G. MacCormack, in *Daube Noster*, Edinburgh 1974, p. 215.

7 Zie voor een kleine greep uit de moderne literatuur: R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Kaapstad/Johannesburg 1990, p. 1007 e.v.

8 D. 9,2,11 pr.: (...) Proculus in tonsore esse culpam.

9 D. 9,2,11 pr. et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur.

Het criterium aan de hand waarvan de aansprakelijkheid werd vastgesteld was voor beiden hetzelfde: *culpa*, schuld, want een handeling is slechts 'onrechtmatig' (*iniuria*) indien zij aan de schuld van de handelende persoon kan worden toegeschreven.¹⁰

'Als onrechtmatig beschouwen wij hier (...) wat niet rechtens, dat wil zeggen in strijd met het recht, is gedaan, dat wil zeggen als iemand *door zijn schuld (culpa)* heeft gedood'.

De vraag rijst dan naar welke maatstaf die schuld moet worden gemeten en het is bij de vaststelling dáárvan dat de 'maatman' het strijdperk betreedt. Van 'schuld' is sprake, zo definieerde één van de grondleggers van de Romeinse rechtswetenschap, Quintus Mucius Scaevola,¹¹

'als iets wat door een zorgvuldig mens had kunnen worden voorzien, niet is voorzien'.

Dat criterium is hetzelfde als de 'zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt' van het huidige Nederlandse recht en de *duty of care* van het Engelse. Men vergelijkte, voor wat het laatste betreft, Mucius' definitie met die van Baron Alderson:¹²

'negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do'.

Bij de toepassing van die test werd niet alleen de maat van de barbier genomen, maar óók die van de toeschouwer, de klant, die welbewust plaats had genomen op een stoel die op een potentieel gevaarlijke plek was neergezet, want, schrijft Ulpianus,¹³

'als hij zich heeft toevertrouwd aan een scheerbaas die een stoel op een gevaarlijke plaats heeft, moet hij daarvan zelf de gevolgen dragen'.

Er is in zo'n geval sprake van wat wij 'risicoaanvaarding' zouden noemen en het Romeinse recht (dat geen leerstuk van *contributory negligence* kende) verbond daaraan de conclusie dat het slachtoffer de gevolgen ervan aan

10 D. 9,2,5,1 (Ulpianus): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet (...) quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit.*

11 Paulus, *libro decimo ad Sabinum*: *Mucius dixit (...) culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.*

12 *Blyth v. Birmingham Waterworks* (1856) 11 Ex. 781 op p. 784; 156 E(nglish)R(eports) 1047 (1049).

13 D. 9,2,11 pr.: *si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*

zichzelf had te wijten. Een dergelijke vaststelling roept natuurlijk de vraag op of de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht dient te worden genomen niet met zich meebrengt dat de barbier zijn klant moet waarschuwen voor het gevaar waaraan die zich bloot stelt. Deze vraag is des te prangender in een samenleving als de Romeinse, omdat de scheerbaas – soms – kon weten¹⁴ dat hij andermans zaak onder zijn handen had en dat op hem dientengevolge een zorgplicht rustte jegens de eigenaar die onafhankelijk is van de risicoaanvaarding door diens slaaf.¹⁵

De waarschuwingsplicht voor dreigend gevaar staat zelfs in het Romeinse recht in onmiddellijk verband met de zorgvuldigheidsnorm, want Mucius' overbekende definitie van *culpa* wordt geciteerd in een geval waarin een landarbeider bezig is takken van een boom te zagen die hij uit de boom op de grond laat vallen: als hij dat doet op een terrein waarop een verstandig mens kan voorzien dat zich er passanten kunnen bevinden, dan dient hij luid te roepen alvorens de takken te laten vallen (*proclamare*).¹⁶

Een waarschuwingsplicht is niet aanwezig als iemand zich willens en wetens bevindt op een terrein waar gevaarlijke sporten, zoals bijvoorbeeld het speerwerpen, plegen te worden beoefend. Het moge dan zo zijn dat 'ook een sport waardoor schade kan ontstaan aansprakelijkheid met zich meebrengt',¹⁷ maar iemand die zich op het verkeerde moment (*intempestive*) willens en wetens bevindt op een terrein waar dergelijke sporten plegen te worden beoefend, mag zich er niet over beklagen dat hij letsel heeft geleden doordat hem een projectiel heeft getroffen dat bij die sporten wordt gebruikt, zoals een speer, of een voetbal.¹⁸ Een en ander sluit, althans naar mijn gevoelens (voor wat het waard is), de aansprakelijkheid van de voetballer in de casus van de barbier uit als het incident zich heeft afgespeeld nabij een plaats waar dat spel als regel wordt beoefend, of als is aangekondigd dat het zich daar zal afspelen;

14 Een slaaf was in Rome niet duidelijk als zodanig herkenbaar; daartoe hebben weliswaar plannen bestaan, maar men zag er van af omdat slaven daardoor bewust konden geraken van hun grote aantal. Het was slaven echter verboden een toga te dragen en minderjarige slaven mochten niet, zoals minderjarige burgers, een 'bullae' dragen.

15 Ik teken hierbij aan dat óók op de slaaf ten aanzien van zichzelf een zorgplicht jegens zijn meester rustte: wanneer hij zich nodeloos in gevaar bracht, bracht hij daardoor de eigendommen van zijn meester in gevaar. Dit lijken bizarre gedachten, maar ze zijn typisch Romeins: zo werd, bijvoorbeeld, een voortvluchtige slaaf als een dief (van zichzelf) beschouwd.

16 Zie hiervoor D. 9,2,31.

17 D. 9,2,10 (Paulus): *Nam lusus quoque noxius in culpa est.*

18 Zie hiervoor D. 9,2,9,4, waarbij wordt aangetekend dat het natuurlijk anders is, als één van de spelers opzettelijk heeft geprobeerd de passant te raken.

tijdens het spel met kracht geschoten ballen plegen nu eenmaal soms het speelveld te verlaten.¹⁹

De Accursische glosse neemt haast als vanzelfsprekend aan dat niet de barbier, maar de onfortuinlijke speler aansprakelijk is. 'Ik antwoord dat degene die de bal heeft getrapt aansprakelijk is, tenzij de scheerbaas de schuld heeft', zo luidt het in de 'casus' van de dertiende-eeuwse geleerde Vivianus.²⁰ De glosse besteedt overigens betrekkelijk weinig aandacht aan de toerekeningsproblematiek die latere generaties zo heeft gefascineerd; hetzelfde geldt voor de middeleeuwse commentatoren. De belangrijke veertiende-eeuwse praktijkjurist Albericus de Rosate (†1360) volstaat met één regel, waarin hij aangeeft dat er drie mogelijkheden zijn, al naar gelang het antwoord op de vraag wie de schuld treft: de balspeler, de barbier, of de klant zelf.²¹ De invloedrijkste van alle middeleeuwse commentatoren, Bartolus de Saxoferrato (1313-1357), besteedt er zelfs in het geheel géén aandacht aan. Bartolus', eveneens zeer invloedrijke, leerling Baldus is nog korter dan Albericus: 'men merke op dat iemand zijn beroep niet op een willekeurige, maar op een passende plaats moet uitoefenen', is alles wat hij er over te zeggen heeft.²² Het viel mij bovendien op dat Bartolus' commentaar op de *lex Aquilia*, het favoriete onderwerp van huidige rechtshistorici,²³ uiterst summier is. Bij nader inzien blijkt dat ook voor andere commentatoren te gelden. Zo wordt de titel over de *lex Aquilia* zelfs overgeslagen in één van de laatste grote samenvattingen van de middeleeuwse geleerde traditie, het Digestencommentaar van Paulus de Castro (†1437).²⁴ Een en ander gaf mij te denken.

Afwegingen zoals in het voorgaande zijn gemaakt, hebben – zo moet een jurist zijn opgevallen – eigenlijk nauwelijks juridische betekenis. Immers: waar het in *juridische* zin om gaat, is dat, *als* iemand zich in strijd met de zorgvuldigheidsnorm heeft gedragen (een feitelijke vaststelling), zijn aansprakelijkheid voor de dientengevolge ontstane schade vast staat. De *juridische* slag was in het Romeinse recht gestreden op het moment waarop was vastgesteld dat voor de aansprakelijkheid op grond van de *lex Aquilia* (en de daarvan afgeleide schadegevallen) was vereist dat de gedaagde *culpoos* had gehandeld; dat was

19 Ik herinner aan het onder Feyenoord-aanhangers legendarisch geworden incident in de wedstrijd Sparta-Feyenoord van 15 november 1970 (1-1), waarbij doelman Eddie ('De Meeuw') Treijtel een bal zó hard het veld in schopte dat een overvliegende meeuw, dodelijk getroffen, op het veld neerstortte. De meeuw is opgezet, maar de bal zelf, zo wil het de legende, heeft inmiddels de aantrekkingskracht van de aarde ver achter zich gelaten.

20 Gl. 'Item Mela' op D. 9,2,11 pr.

21 Albericus, *In primam Digesti Veteris partem Commentarii*, ed. Venetië 1585, ad D. 9,2,11 pr. (fol. 367 verso): Committens culpam in ludo, vel mala electione stationis hac actione tenetur et imputatur ei, qui scienter se in periculo posuit.

22 Baldus, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, ed. Venetië 1587, ad D. 9,2,11 pr. (fol. 333 verso): Nota quod quis non debet facere artem suam in quolibet loco, sed in loco competenti.

23 Zie, bijvoorbeeld, recentelijk nog C.J.H. Jansen, 'De lex Aquilia en de moderne onrechtmatige daad', in *Ars Aequi* 2006, p. 91 e.v.

24 Hetzelfde deed al Jacobus Butrigarius (†1348) in zijn Digestencommentaar.

– aanvankelijk – geenszins vanzelfsprekend, maar het was onomstreden sinds het element *culpa* werd gezien als een constitutief bestanddeel van het begrip *iniuria*. Het antwoord op de *feitelijke* vraag of daarvan inderdaad sprake was, was vervolgens aan de ‘maatman’, een leek. Deze vaststelling behoeft enige nadere toelichting.

3 DE MAATMAN NEEMT DE MAAT

Het klassieke Romeinse burgerlijke procesrecht liet het oordeel in civiele zaken over aan een leek, de *iudex privatus*. De Romeinen hechtten aan de regel dat, zowel in civiele als in strafrechtelijke zaken, het vonnis over een vrij burger slechts kon worden uitgesproken door één van zijn gelijken. Een procedure werd weliswaar geopend ten overstaan van een magistraat, de *praetor*, die – bijgestaan door een rechtsgeleerd *consilium* – rechtsingang verleende en de rechtsgrond vastlegde op basis waarvan werd geprocedeerd, maar het wijzen van het vonnis was overgelaten aan een leek die op basis van de in een akte (*formula*) neergelegde instructie van de *praetor* uitspraak deed. Men moet enigszins vertrouwd zijn met de Romeinse samenleving om zich een beeld te kunnen scheppen van de wijze waarop zich een procedure voor zo’n lekenrechter afspeelde. De *iudex privatus* was geen éénmans-jury, die zich slechts een oordeel hoefde te vormen over de feiten: hij diende óók het recht toe te passen. Dat kon zijn taak in erfrechtelijke, huwelijksgoederenrechtelijke en zakenrechtelijke procedures tamelijk gecompliceerd maken, reden waarom hij zich – zoals Romeinen altijd plachten te doen als zij belangrijke beslissingen moesten nemen – daarin als regel liet adviseren door een raad (*consilium*) van rechtsgeleerde adviseurs. In aansprakelijkheidszaken op grond van de *lex Aquilia* was zijn taak eenvoudiger. Het *recht* was duidelijk; aan hem was daarom nog slechts de taak om als ‘maatman’ te figureren. In dit soort zaken was hij, met andere woorden, inderdaad een éénmans-jury: hij behoefde slechts de *feitelijke* vraag te beantwoorden of er, gelet op alle bijzondere omstandigheden van het geval, sprake was van de schending van een zorgplicht die in het maatschappelijk verkeer, waarvan hijzelf onderdeel uitmaakte, betamelijk was. Voor de beantwoording van een dergelijke vraag behoeft men, om kort te gaan, geen jurist te zijn. Nu schuilt er, het zij toegegeven, in letterlijke zin iets willekeurigs in de vaststelling van één maatman dat iemand in strijd heeft gehandeld met de zorgplicht die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, want – zo kan men zich afvragen – hoe *weet* hij dat?

Eén van de weinigen die de zojuist gestelde vraag expliciet aan de orde heeft gesteld, is de Duitse pandektist J.C. Hasse, die een belangrijke studie over het begrip *culpa* in het Romeinse recht heeft geschreven, waarin hij dat begrip definieert als de ‘toerekenbare tekortkoming’. Hij beantwoordt de vraag op de navolgende wijze: ‘wenn er die Sorgfalt anwandte, welche gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß

ist'.²⁵ Vergelijkbare definities komt men ook elders tegen, zo bijvoorbeeld bij Windscheid: '(d)er Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes'.²⁶ Dergelijke definities verplaatsen de vraag natuurlijk naar de 'maatman', *der ordentliche Mann*, zelf: hoe kan men hem en zijn opvattingen leren kennen?

Er is, naar de huidige verhoudingen gemeten, maar één manier waarop een vraag als deze op een enigszins bevredigende wijze kan worden beantwoord: zij bestaat uit een gedegen sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar hetgeen 'men', gegeven de bijzondere omstandigheden van het geval, als zorgvuldig gedrag beschouwt. Vindt 'men' bijvoorbeeld dat op de scheerbaas, gelet op de persoonlijke kwaliteiten van het slachtoffer (de slaaf was zwakbegaafd), een waarschuwingsplicht rust, of niet, bijvoorbeeld omdat, gelet op de plaats waar de scheerstoel was opgesteld, een incident als dat wat zich daadwerkelijk heeft voltrokken, uiterst onwaarschijnlijk is? Deze mogelijkheid viel naar Romeinse verhoudingen af: de wetenschap der samenlevingskunde was de Romeinen onbekend. Niet omdat zij daar principieel afwijzend tegenover stonden, maar omdat de Romeinse samenleving een standensamenleving was, hetgeen met zich meebracht dat van een louter getalsmatig bepaald oordeel over de feitelijke toepassing van de zorgvuldigheidsnorm geen overtuigingskracht uit kon gaan.²⁷ Het eigen oordeel van de *iudex* was (en is) principieel ontoereikend, want hij moest (en moet) zich niet dáárnaar richten, maar naar dat van de 'gewone man' en de *iudex* was (en is) niet zelden een ongewone of zelfs buitengewone man. Hij kon derhalve niet anders doen dan de vraag voorleggen aan zijn *consilium*, de raad van adviseurs waarvan een Romeinse *iudex* zich als regel bediende.

Kaser²⁸ was van oordeel dat een *iudex* zich van een *consilium* bediende omdat hij een leek was en dus een raad van rechtskundig onderlegde adviseurs nodig had teneinde tot een juridische onderbouwde oordeel te kunnen komen. Dat is een miskennis van de 'consiliaire' aard van de Romeinse samenleving. Zo weten wij bijvoorbeeld zeker dat ook echte rechtsgeleerden (*iuris periti*), als zij toevallig geroepen waren als *iudex* op te treden, zich eveneens van een *consilium* bedien-

25 J.C. Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts*, 2e dr. (bezorgd door A. Bethmann-Hollweg), Bonn 1838, p. 69.

26 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I § 101.

27 Ik herinner er aan dat onder de Romeinse Republiek in de volksvergadering waarin werd gestemd over de bezetting van de jaarlijks wisselende magistraturen (de *comitia centuriata*) naar censusgroepen werd gestemd, waarbij er op werd toegezien dat de stem van de hogere census-groepen zwaarder woog en eerder werd uitgebracht dan die van de lagere.

28 *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 273-274.

den.²⁹ Zoiets werd als vanzelfsprekend verwacht van iemand die een belangrijke beslissing had te nemen, zoals het vellen van een oordeel in een civiele zaak.³⁰

Het *consilium* van de rechter stelde dus, zo neem ik aan, in een Romeinse procedure feitelijk vast wat van een ‘gewone’ man, een *diligens pater familias*, in de gegeven omstandigheden (en met inachtneming van de persoonlijke staat van de gedaagde) kon worden verwacht; het stelde, met andere woorden vast, wat een ‘gewone’ man (van dezelfde stand) gewoonlijk in vergelijkbare omstandigheden deed of niet deed. Het stelde, nog weer anders gezegd, vast wat het gebruik voorschreef. Aldus beschouwd, stelt het *consilium* vast wat de gewoonte is, een vaststelling die traditioneel – ook nu nog – als van feitelijke aard wordt beschouwd, hetgeen het relatieve gebrek aan belangstelling van de middeleeuwse juristen verklaart. Deze beschouwingswijze ligt ook ten grondslag aan het optreden van de ‘maatman’, *the man on the Clapham omnibus*, in de Engelse *common law*.

4 DE MAATMAN IN DE COMMON LAW

De geschiedenis van het Anglo-Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht is voor een groot deel onbegrijpelijk als men zich daarbij niet voortdurend voor ogen houdt welk een belangrijke rol juries daarin traditioneel hebben gespeeld en voor een deel – in de VS – nog steeds spelen. Dat geldt óók voor de *tort of negligence*. Iedere jurist kent natuurlijk – zelfs in ons land – de zaak van jufvrouw M’Alister (*Donoghue v. Stevenson*).³¹ Daaraan is echter een geschiedenis voorafgegaan die minder bekend is. Centraal daarin staat de zaak *Vaughan v. Menlove*.³² Het ging daarin om het navolgende.

Vaughan was eigenaar van een aantal *cottages* die hij aan verschillende personen had verhuurd. De gedaagde, Menlove, was eigenaar van een stuk grond dat grensde aan die *cottages*. Menlove had op zijn eigen grond, maar in de onmiddellijke nabijheid van de *cottages* van Vaughan, een hooimijt neergezet. Hem was bij herhaling te verstaan gegeven dat die hooimijt een potentieel gevaar opleverde voor de onmiddellijk aanpalende *cottages*, want als die in brand zou raken, dreigde

29 Zie bijvoorbeeld niemand minder dan Gaius Aquilius Gallus, die zich in de zaak van Publius Quinctius tegen Sextus Naevius, een gewone civiele zaak, van een ‘consilium’ bediende (Cicero, *Pro Quinctio* 30.91). Vgl. ook Valerius Maximus 8,2,2 (over een andere zaak waarin dezelfde Aquilius Gallus als ‘iudex’ optrad): C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris ciuilibus excellens iudex adductus *adhibitis in consilium principibus civitatis* (cusivering toegevoegd).

30 Sporen van die specifiek Romeinse ‘consiliaire’ cultuur zijn nog steeds terug te vinden in Romaanse landen: men denke aan de rol van de ‘familieraad’ (*conseil de famille, consiglio di famiglia*) in het Franse en Italiaanse recht.

31 [1932] AC 562.

32 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468; 132 ER 490.

het vuur over te slaan op de *cottages* en hem was daarom ook bij herhaling verzocht de hooimijt elders, buiten gevaar voor de *cottages*, neer te zetten. Menlove weigerde dit en toen de hooimijt inderdaad in de brand vloog, sloeg die over naar de *cottages* van Vaughan die tot de grond toe afbrandden. Vaughan vorderde schadevergoeding van Menlove.

In een procedure als deze staat de vraag centraal of de schade van Vaughan aan Menlove kan worden toegerekend en voor die toerekening is beslissend of de gedaagde *negligently* heeft gehandeld of niet. Dáároveň nu besliste tot voor kort *niet* de rechter, maar de jury en wel omdat het om een puur feitelijke vraag gaat. In eerste aanleg had rechter Patteson de jury in de navolgende bewoordingen geïnstrueerd:³³

‘the question for them to consider, was, whether the fire had been occasioned by gross negligence on the part of the Defendant; adding, that he was bound to proceed with such reasonable caution as a prudent man would have exercised under such circumstances’.

De jury oordeelde daarop dat de schade van Vaughan aan Menlove kon worden toegerekend omdat die te wijten was aan diens *negligence*. Menlove eiste daarop een *retrial*, omdat de jury verkeerd zou zijn geïnstrueerd. Die had zich, naar zijn oordeel, niet moeten laten leiden door wat ‘een verstandig mens’ in de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan of nagelaten, maar uitsluitend en alleen door wat in de gegeven omstandigheden *van de gedaagde* mocht worden verwacht.³⁴

‘what would have been gross negligence ought to be estimated by the faculties of the individual, and not by those of other men. The measure of prudence varies so with the varying faculties of men, that it is impossible to say what is gross negligence with reference to the standard of what is called ordinary prudence’.

De *Court of Common Pleas* wees het verzoek van Menlove af in een unaniem oordeel dat sindsdien de norm heeft gesteld; de ‘maatman’ werd dáárdóór pas in het Engelse aansprakelijkheidsrecht geïntroduceerd: ‘(t)he care taken by a prudent man has always been the rule laid down; and as to the supposed difficulty, a jury has always been able to say, whether, taking that rule as their guide, there has been negligence on the occasion in question’.³⁵

Teneinde het destijds in Engeland gevoerde debat in een voor de Nederlandse lezer enigszins begrijpelijk perspectief te plaatsen, wijs ik op het probleem van de ‘goede trouw’ bij de verkrijgende verjaring (art. 3:99 BW) en de verkrijging van een roeren-

33 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 471; 132 ER 490 (492) (cursivering toegevoegd).

34 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 472; 132 ER 490 (492).

35 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 475; 132 ER 490 (493), bij monde van Chief Justice Tindal.

de zaak waarover door een onbevoegde wordt beschikt (3:86 BW). Hoe dient men die ‘goede trouw’ te begrijpen: in puur subjectieve zin, of in een meer geobjectiveerde zin als de dwaling waarin, in de gegeven omstandigheden, ieder verstandig mens zou zijn komen te verkeren? Daarover werd ten onzent nog tot in de jaren vijftig van de vorige eeuw getwist; de vraag werd in laatstgenoemde zin beslist door het arrest van de Hoge Raad d.d. 9 november 1951,³⁶ een beslissing die ten grondslag ligt aan de bepaling van art. 3:11 BW.³⁷ Het Engelse recht is, in de – betrekkelijk uitzonderlijke – gevallen waarin het een beroep op goede trouw als rechtvaardiging voor rechtsverkrijging toelaat, genuanceerder: de *doctrine of constructive notice*, zoals de geobjectiveerde goede trouw wordt aangeduid, is *niet* van toepassing in zuiver commerciële transacties.³⁸ Van de zijde van de raadslieden van Menlove werd dan ook op hierop gewezen.

Zo zien wij dat de vaststelling van hetgeen in een bepaalde feitelijke context van een gewone man mag worden verwacht als een puur feitelijke vaststelling door de *common law* als vanzelfsprekend aan gewone mannen werd overgelaten: de leden van de jury.³⁹ Het oordeel van een jury, die dus in wezen optreedt als een ‘turbe’, is het best mogelijke alternatief voor het sociaal-wetenschappelijke onderzoek dat geen praktisch instrument, want te tijdrovend en te duur, is. Deze laatste constatering is niet zonder belang, want de reden waarom in de VS dikwijls door procespartijen in een civiele procedure vrijwillig wordt afgezien van het gebruik van een jury⁴⁰ is nu juist gelegen in het feit dat de inzet ervan als te tijdrovend en te duur wordt gezien.⁴¹ In verband hiermee rijst de vraag, op welke wijze, nadat in Engeland de inzet van een jury in civiele zaken praktisch is afgeschaft door de *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* van 1933,⁴² de *rechter* als ‘maatman’ optreedt.

36 NJ 1952, 558 (Wijngaard/De Haan).

37 Zie *Parlementaire Geschiedenis* Boek 3, p. 105, noot 1.

38 Zie daarvoor Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law*, tweede druk, ‘s Gravenhage 2008, p. 300-301.

39 De jury representeert zelfs officieel de stem van de gewone man, want vanouds staat ‘*trial by jury*’ bekend als de procedure *per patriam*, ‘*by the country*’.

40 Het gebruik van een jury in civiele zaken is in de VS, anders dan in Engeland, grondwettelijk gegarandeerd in het beroemde zevende amendement op de *Constitution*. Men kan echter van dat recht afstand doen.

41 Ik wijs op de niet zelden tijdrovende *voir dire*-procedures in de VS, waarin, voorafgaande aan het eigenlijke proces, de afzonderlijke geschiktheid van de leden van een jury aan een onderzoek wordt onderworpen.

42 De materie is nu geregeld door de *Juries Act* 1974. In theorie bestaat de mogelijkheid dat in bepaalde onrechtmatige daadsacties (*fraud*, *libel*, *slander* en *malicious prosecution*) nog een jury kan worden ingezet, maar, stelt Halsbury, ‘in practice jury trial in civil proceedings is now unusual’ (*Laws of England* (4th ed., Reissue 1999) s.v. ‘Juries’ no. 419).

5 DE RECHTER ALS MAATMAN

Sinds de test van de *'reasonable man'* niet meer geschiedt door *reasonable men (and women)*⁴³, maar door een – niet zelden alléén sprekende – rechter, is de aard van het Engelse aansprakelijkheidsrecht veranderd, omdat daardoor de scheiding tussen feitelijke vaststellingen en rechtsoverwegingen is vervaagd, of althans dreigt te vervagen.⁴⁴ Die scheiding is in een stelsel van precedentenrecht, zoals de *common law*, van het grootste belang, omdat slechts de *rechtsoverweging* die is gebaseerd op de in rechte vastgestelde feiten en die onmiddellijk aan een uitspraak ten grondslag ligt als bindend precedent geldt en *niet* de daarin voorkomende feitelijke vaststellingen. Als men nu in aanmerking neemt dat een rechter, *anders* dan een jury, óók zijn feitelijke vaststellingen motiveert,⁴⁵ dan beseft men dat het soms uiterst moeilijk wordt de grens tussen beide te trekken. De zaak *Qualcast v. Haynes*⁴⁶ is een goed voorbeeld van de daaruit voortvloeiende misverstanden.

Het ging in deze zaak om een ervaren werknemer in een ijzergieterij die een verwonding aan zijn voet had opgelopen omdat hij geen veiligheidsschoeisel droeg. Dat was voorradig in het bedrijf en werd ook op verzoek aan het personeel verstrekt, maar de werknemer was er, omdat hij een ervaren werknemer en daarom op de hoogte van de potentiële gevaren was, niet (meer) op gewezen dat hij er goed aan deed dergelijk schoeisel te dragen. De rechter in eerste aanleg vond zelf dat de werkgever in dit geval zijn *duty of care* niet had geschonden, maar hij achtte zich gebonden aan een aantal uitspraken waarin de *courts* hadden beslist dat er sprake was van *negligence* als een werkgever zijn werknemer niet uitdrukkelijk had gewezen op de gevaren die waren verbonden aan het niet dragen of gebruiken van bepaalde veiligheidsvoorzieningen.

Alle *Law Lords* wijzen er in deze zaak op dat de vaststelling dat iemand een *duty of care* jegens een ander heeft een *'matter of law'* is, maar dat het antwoord op de vraag of die *duty of care* inderdaad (feitelijk) is geschonden – of er, met andere woorden, sprake is van *negligence* – een *feitelijke* vaststelling is waarvan geen enkele precedentwerking uitgaat: de rechter in eerste aanleg had zich daarom niet gebonden hoeven te achten aan de uitspraken die hem als (voor hem) bindend waren voorgehouden. Er wordt daarbij met enige nadruk voor gewaarschuwd dat

43 Vrouwen kunnen in Engeland sinds 1919 zitting nemen in een jury.

44 Zo ook Lord Somervell in *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 757: 'Now that negligence cases are mostly tried without juries, the distinction between the functions of judge and jury is blurred'.

45 Lord Somervell in *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 758: 'A judge naturally gives reasons for the conclusion formerly arrived at by a jury without reasons'.

46 [1959] A.C. 743.

'(t)here is a danger, particularly in these days when few cases are tried with juries, of exalting to the status of propositions of law what really are particular applications to special facts of propositions of ordinary good sense'.⁴⁷

Ik moge een en ander nader verduidelijken aan de hand van het navolgende geval, een moderne variant van de Romeinse voetbalzaak.

In *Hall v. Brooklands Racing Club*⁴⁸ ging het om een noodlottig ongeval dat plaatsvond tijdens een racewedstrijd op het circuit van de Brooklands Racing Club. Ten gevolge van een aanrijding op het circuit, raakte één van de racewagens onbestuurbaar, vloog van de baan en belandde in het publiek. Het ongeval gebeurde op het rechte einde van het circuit. Het was daar door een cementen wand en bovendien nog door een door een hek afgesloten strip gras van ongeveer anderhalve meter van het publiek gescheiden. In de meer dan twintig jaar waarin het circuit in exploitatie was geweest, was er nog nooit eerder een dergelijk ongeluk gebeurd. Er vielen twee dodelijke slachtoffers en verschillende zwaar tot licht gewonden te betreuren.

In een zaak als deze zijn twee vragen aan de orde: één van juridische en één van feitelijke aard. De eerste betreft de vraag wat de omvang is van de *duty of care* die de gedaagde, de Brooklands Racing Club, jegens zijn betalende publiek heeft; de tweede betreft de vraag of de Racing Club die *duty of care* heeft geschonden, of er, met andere woorden, sprake is geweest van *negligence*. De zaak diende in 1932 en is waarschijnlijk één van de laatste van zijn soort die nog werd afgedaan met een jury.

De zorgplicht van de organisator van de race jegens zijn publiek gaat in een zaak als deze verder dan in een op onrechtmatige daad gebaseerde rechtsvordering en wel omdat de aansprakelijkheid van de organisator is gebaseerd op overeenkomst: daardoor wordt de lat hoger gelegd.⁴⁹ De zaak heeft in de *Court of Appeal* aanleiding gegeven tot interessante bespiegelingen over de risico's die de bezoekers van sportevenementen – uiteenlopende van voetbalmatches, cricketwedstrijden, golf- en polowedstrijden tot autoraces – lopen en waartegen de organisatoren ervan wel en niet moeten waken. In het laatste geval gaat het om risico's die de toeschouwers welbewust, als inherent aan het spel, accepteren.⁵⁰ Men komt dan, een en ander tegen elkander afwegend,

47 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 759, bij monde van Lord Denning, die hier met instemming Lord Justice du Parc citeert.

48 (1933) 1 KB 205.

49 De juridische vraag verschuift dan van de vaststelling van een *duty of care* (de *tort of negligence*) naar die van de *implied terms* van het contract tussen de organisator en zijn publiek. Ook hiervoor geldt dat de vaststelling dáárvan een zaak is van de rechter, *niet* van de jury.

50 Er wordt daarbij (ten onrechte, naar mijn gevoelen) geen aandacht besteed aan de risico's die zijn verbonden aan ongevallen waarop het publiek (dat nog steeds, evenals het Romeinse, bloed wil zien) bij dit soort gelegenheden zit te wachten.

tot het inzicht dat de organisator is gehouden om het circuit voor de toeschouwers zo veilig te maken als redelijkerwijze mogelijk is. Vervolgens rijst de *feitelijke* vraag of de organisator die plicht heeft geschonden. Rechter McCardie legde daartoe de jury de volgende vraag voor:

‘Did the defendant Company omit any and what reasonable precaution for the safety of the spectators?’

De jury beantwoordde die vraag bevestigend en lichtte dit antwoord als volgt toe:⁵¹

‘Failure to exhibit warning notices generally. Failure to increase height of barrier or number of barriers in view of the increased speed of cars. Failure to keep spectators at a safe distance from the track. Failure to realize that the position of the accident was the fastest part of the course and that special precaution was necessary’.

Tegen dit oordeel van de jury kwam de organisator in beroep bij de *Court of Appeal* en wel met het betoog dat er geen bewijs zou zijn dat het oordeel van de jury ondersteunde. De *Court of Appeal* deelde dat gevoelen. Lord Justice Slesser wijst in zijn *opinion* op de verschillen in maatstaf tussen de contractuele en de delictuele *duty of care*:⁵²

‘The contrast is as follows: As regards cases like the present, where the action is founded in contract, I think that it is the duty of the inviters to (...) take reasonable care that the public may use the premises without danger to their lives or property (...) In the case of tortious liability, the obligation is (...) to use reasonable care to prevent damage from unusual danger, which he knows or ought to know’.

Teneinde te kunnen vaststellen of de eerstgenoemde *duty of care* is geschonden roept Lord Justice Greer de legendarische *man on the Clapham omnibus*⁵³ te hulp:⁵⁴

‘such a man taking a ticket to see motor races would know quite well that no barrier would be provided which would be sufficient to protect him in the possible but highly improbable event of a car charging the barrier and getting through to

51 (1933) 1 KB 205 op p. 206. De rechter legde de jury nog een tweede vraag van praktisch dezelfde strekking voor die op praktisch dezelfde wijze werd beantwoord. Daarbij werden terecht door de *Court of Appeal* vraagtekens geplaatst; ik laat haar daarom verder rusten.

52 *Hall v. Brooklands Racing Club* (1933) 1 KB 205 op p. 228.

53 De verwijzing naar de *man on the Clapham omnibus* als de spreekwoordelijke *reasonable man* lijkt, volgens een uitspraak van de president van de *Court of Appeal* Collins in *McQuire v. Western Morning News* [1903] 2 KB 100 op p. 109, waar hij voor het eerst in de *reports* opduikt, afkomstig te zijn van Lord Bowen (1835-1894).

54 *Hall v. Brooklands Racing Club* (1933) 1 KB 205 op p. 224.

the spectators. The risk of such an event would be so remote that he would quite understand that no provision would be made to prevent it happening, and that he would take the risk of any such accident’.

Uiteraard getuigen de vaststellingen van de *man on the Clapham omnibus* van zijn spreekwoordelijke *common sense*, maar bindend zijn zij *niet*, zelfs niet als een rechter zich tot zijn spreekbuis maakt. Ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken (ik druk mij voorzichtig uit) dat dit gegeven nogal eens uit het oog wordt verloren. Voor de gevaren die dreigen wanneer dat inderdaad gebeurt is in Engeland van bevoegde zijde met klem gewaarschuwd.⁵⁵

‘if the reasons given by a judge for arriving at the conclusion formerly reached by a jury are to be treated as ‘law’ and citable, the precedent system will die from a surfeit of authorities’.

6 DE MAATMAN OP LIJN 17

Lijn 17 van de HTM verbindt het Haagse centraalstation met het Voorhout. Een raadshere in de Hoge Raad, tegenwoordig niet zelden buiten Den Haag woonachtig, heeft, als hij van die verbinding gebruik maakt, daarin de gelegenheid het Nederlandse equivalent van de *man on the Clapham omnibus* te ontmoeten. Die incidentele ontmoetingen maken – kennelijk – op de raadsheren enige indruk, want de Hoge Raad maakt zich soms tot de spreekbuis van ‘de man op lijn 17’. Dat is, in aanmerking genomen de aard van ons stelsel van cassatie, eigenlijk vreemd: een college dat tot taak heeft zich met gezag uit te laten over rechtsvragen, zou zich van feitelijke oordelen dienen te onthouden, zeker wanneer die oordelen – zoals met de *Nederlandse man* in de straat niet zelden het geval is – op zijn zachtst gezegd aan het ongerijmde grenzen. Zo kwam ik in HR 9 juli 2004⁵⁶ de navolgende gaffe tegen, te weten de stelling dat ‘de ervaringsregel voor ogen [dient] te worden gehouden dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid’. Men komt deze ‘ervaringsregel’ ook al eerder in de rechtspraak van de Hoge Raad tegen⁵⁷ en een enkele keer wordt daarbij zelfs gesproken van ‘vaste *rechtspraak*’, alsof het hierbij gaat om de vaststelling van een *rechtsregel*.⁵⁸ Men vraagt zich af hoe de raadsheren aan die – in mijn ogen tamelijk absurde – ‘wetenschap’

55 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 758, bij monde van Lord Somervell. Zie ook Lord Denning in dezelfde zaak op p. 761: ‘let not the same thing happen to the common law, lest we be crushed under the weight of our own reports’.

56 *NJ* 2005, 260.

57 Zie bijvoorbeeld HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45 en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663.

58 Zie, bijvoorbeeld, de A-G Spier in noot 43 van zijn conclusie bij HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 643.

komen. Zij leidt, tot haar consequenties doordacht, tot de vreemde stelling dat de mate van iemands betrouwbaarheid in het arbeidsproces omgekeerd evenredig is aan zijn ervaring,⁵⁹ een stelling waarvan ik met enige zekerheid meen te weten dat 'de man op lijn 17' haar niet tot de zijne zou willen maken.

Het is eigen aan feitelijke oordelen over de vraag of iemand in zijn zorgplicht tekort is geschoten dat die niet alleen zeer nauw samenhangen met alle bijzondere omstandigheden van het incidentele geval (en zich dus niet of nauwelijks voor extrapolatie lenen), maar bovendien dat zij zeer tijd- en plaatsgebonden zijn, reden temeer om er geen enkele precedentwerking aan te verbinden. Zo wordt de zojuist gememooreerde 'ervaringsregel' van de Hoge Raad uitdrukkelijk *niet* gedeeld door Engelse rechters die de diametraal daartegenover staande regel hanteren, inhoudende dat het eigen risico van de werknemer toeneemt naarmate zijn ervaring groter wordt. De hierboven besproken *Qualcast*-zaak vormt daarvan een fraaie illustratie. De consequentie van de ervaringsregel van de Hoge Raad is daarentegen dat het aansprakelijkheidsrisico van de werkgever toeneemt naarmate zijn werknemers meer ervaring hebben. Ik wijs er bovendien – ter ontnuchtering van degenen die de ijdele illusie mochten koesteren dat van de hantering van de 'ervaringsregel' van de Hoge Raad een zekere preventieve werking uit gaat – op dat er in het Verenigd Koninkrijk aanzienlijk *minder* dodelijke ongevallen op de werkvloer vallen te betreuren dan in Nederland het geval is.⁶⁰

Ik zal de eerste zijn om toe te geven dat er over mijn zojuist uitgesproken oordeel over de 'ervaringsregel' van de Hoge Raad te debatteren valt, want er valt in bepaalde gevallen óók iets vóór te zeggen, zeker als men die regel *in abstracto* – dat wil zeggen geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval waarin hij moet worden toegepast – in het universitaire onderwijs ter sprake brengt. Dat levert interessante gespreksstof op, waarbij de casuïstische vindingrijkheid en de retorische vaardigheden van de participanten uitstekend tot hun recht kunnen komen, maar men moet daarbij niet de illusie wekken dat het om een juridisch relevant debat gaat.

59 Ik heb de indruk dat de 'regel' verband houdt met een andere ervaringsregel (die ik wel onderschrijf), inhoudende dat de kans dat men het slachtoffer wordt van een ongeluk steeds groter wordt, naarmate men langer in een gevaarlijke omgeving werkt. Militairen weten dat goed: men denke aan de beruchte frontseconde.

60 Bron: *Trouw* 6 maart 2008, onder verwijzing naar *Safety Science*.